

VU Research Portal

De vaststelling van feiten in de civiele procedure [Bespreking van: R.H. de Bock (2011) Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (diss. Tilburg)]

de Groot, G.

published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Groot, G. (2012). De vaststelling van feiten in de civiele procedure [Bespreking van: R.H. de Bock (2011) Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (diss. Tilburg)]. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 61-64.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De vaststelling van feiten in de civiele procedure

*Prof. mr. G. de Groot**

Bespreking van R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

1 Inleiding

‘De belangrijkste grondstof voor elke beslissing van de civiele rechter zijn de feiten van het geval.’ Met deze zin opent het proefschrift van Ruth de Bock. In het *Advocatenblad* zei ze in een interview naar aanleiding van haar proefschrift onder meer: ‘De rechter moet meer energie steken in de feitenvaststelling (...)’ en ‘Advocaten onderschatten het belang van feiten.’¹ Ze promoveerde cum laude op 31 mei 2011 aan de Universiteit van Tilburg. Als promotor traden op prof. mr. J.B.M. Vranken en prof. mr. L.J.A. Damen. De titel van het proefschrift is *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*. In het voorwoord schrijft De Bock dat de ideeën voor het boek voor een belangrijk deel zijn voortgekomen uit haar werk als rechter. Het proefschrift stoelt zo te zien bepaald niet alleen op haar ervaringen in de rechtspraak, maar tevens op uitvoerig wetenschappelijk onderzoek. Het bevat geen expliciete verantwoording van de gebezigde onderzoeksmethode, maar bij lezing van het boek blijkt dat De Bock gebruik heeft gemaakt van inzichten uit het domein van onder meer recht, filosofie en psychologie en ook buiten de landsgrenzen heeft gekeken. De verworven onderzoeksinzichten heeft zij in het verhaal van het boek knap verweven met de beantwoording van haar onderzoeksvraag. Die onderzoeksvraag luidt: hoe kan de rechter bij het vaststellen van feiten in de procedure zo veel mogelijk recht doen aan het belang van waarheidsvinding? Het gaat haar daarbij met name om het achterhalen van belemmeringen die in de praktijk van de rechterlijke procedure spelen rondom waarheidsvinding en het zoeken naar mogelijkheden voor de rechter om wat aan die belemmeringen te doen (p. 38). In het boek worden in verband met de onderzoeksvraag diverse thema’s behandeld, onder meer in de sfeer van stelplicht en bewijsrecht. Op een aantal daarvan wordt hierna ingegaan, zonder de pretentie volledig te zijn. Ook wat niet aan de orde komt, is het lezen waard.

2 De opzet van het boek

Na de uiteenzetting van de vraagstelling en de probleemstelling in hoofdstuk 1 wordt de onderzoeksvraag in hoofdstuk 2 ingekaderd in een hoofdstuk over het belang van de waarheidsvinding. Hier gaat De Bock onder meer in op het verband tussen waarheid en rechtvaardigheid, het maatschappelijke belang van waarheid en het belang van waarheid in de civiele procedure. Ook beschouwt zij waarheidsvinding in dit hoofdstuk in de bredere context van de civiele procedure. Zij positioneert waarheidsvinding als een beginsel van civiel procesrecht naast bijvoorbeeld het beginsel van hoor en wederhoor, de behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn en de openbaarheid van het proces. Als belangrijkste grond hiervoor voert ze aan dat waarheidsvinding zo’n centrale plaats in de civiele procedure heeft gekregen, waarmee ze preludeert op haar opvatting dat waarheidsvinding boven partijautonomie gaat. Die opvatting komt tot uitdrukking in hoofdstuk 3, dat gaat over waarheidsvinding en partijautonomie, waarover verderop meer. In hoofdstuk 4 volgt een nadere procedurele inbedding van de waarheidsvinding en komt het trechtermodel van het civiele proces in relatie tot waarheidsvinding aan de orde. Ook wordt waarheidsvinding afgezet tegen het belang van een voortvarende procedure, tegen het belang van vertrouwelijkheid en tegen onrechtmatig verkregen bewijs. Waarheidsvinding en bewijzen zijn de onderwerpen van hoofdstuk 5. Ook daarover hierna meer. Waarheidsvinding in combinatie met getuigenbewijs en deskundigenbewijs vormt het onderwerp van de hoofdstukken 6 en 7. De onderwerpen waarheidsvinding en schriftelijk bewijs worden in het boek buiten beschouwing gelaten. De Bock geeft daarvoor als reden dat het bij de waardering van schriftelijk bewijs vooral gaat om vragen van uitleg van schriftelijke bewijsmiddelen. Dergelijke vragen plegen volgens haar niet in het kader van het bewijsrecht, maar van het verbintenissenrecht te worden behandeld en vallen daarom buiten het bestek van het boek (p. 37). Dat is mij wat te stellig. Bij bewijs van de partijbedoeling tegen dwingend bewijs in een akte kan inderdaad het verbintenissenrechtelijke haviltexen aan de orde komen, maar er lijkt op het eerste gezicht ook bewijsrechtelijk het nodige over de onderzoeksvraag van De Bock in relatie tot schriftelijk bewijs te zeggen zonder in het verbintenissenrecht te belanden. Zo is bijvoorbeeld denkbaar onderzoek te doen naar de werking van waarheidsvinding in de civiele procedure wanneer het gebruik van schriftelijk bewijs wordt gecombineerd met andere bewijs-

* Prof. mr. G. de Groot is raadsheer in de Hoge Raad en bijzonder hoogle-raar Rechtspraak en conflictoplossing aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. M. Knapen, *Advocaten onderschatten het belang van feiten*, *Advocatenblad*, 2 september 2011, Actualiteiten, p. 9-10.

middelen, zoals getuigenbewijs of deskundigenbericht.² Ook kan bijvoorbeeld worden gedacht aan rechtsvergelijkend onderzoek om na te gaan hoe in andere landen uit het oogpunt van waarheidsvinding met de verkrijging van schriftelijk bewijs wordt omgegaan, actueel in verband met de voorziene verruiming van de mogelijkheden om schriftelijk bewijs bij de wederpartij en bij derden te verzamelen.³ In zulke voorbeelden gaat het bij waarheidsvinding in relatie tot schriftelijk bewijs niet of nauwelijks om verbintenisrechtelijke vragen van uitleg. Niettemin is het goed dat in het boek expliciet is vermeld hoe het onderzoek op dit punt is afgebakend.

In hoofdstuk 8 is een slotbeschouwing opgenomen met als thema 'feiten vaststellen tussen waarheid en onzekerheid'. Waarheid wordt hier een oriëntatiepunt voor de rechter genoemd. De Bock meent dat het beginsel van waarheidsvinding vraagt om een actieve rechter en het belang van waarheidsvinding pas tot zijn recht komt wanneer de rechter ruim baan geeft aan het proces van waarheidsvinding. Hoewel de rechter het belang van waarheidsvinding in de procedure optimaal moet dienen, is dat geen garantie dat de rechter ook daadwerkelijk de feiten in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken vaststelt. Een zekere mate van onzekerheid zal altijd blijven bestaan. Het ingrijpende karakter van de rechterlijke beslissing brengt echter mee dat de rechter de mogelijkheden voor waarheidsvinding en voor het verkleinen van de onzekerheid die aan bewijsbeslissingen kleef, zo veel mogelijk moet benutten, aldus De Bock. Procedurele belemmeringen ziet zij niet als een onontkoombaar gegeven, maar als aanleiding om de vraag te stellen hoe toch zo veel mogelijk recht kan worden gedaan aan het belang van waarheidsvinding.

3 Feiten en rechtsstrijd

Voor een jurist die een proefschrift schrijft waarin de feiten centraal staan, zou het comfortabel zijn als de feiten van het recht kunnen worden gescheiden. De Bock signaleert echter al in hoofdstuk 1 terecht dat tussen feit en recht geen scherp onderscheid valt te maken. Zij noemt daarvoor als reden dat de feiten altijd worden vastgesteld binnen de context van de toepasselijke rechtsregels en daarmee beïnvloed worden door die rechtsregels. In de praktijk van de rechterlijke oordeelsvorming is het vaststellen van de feiten volgens haar echter een activiteit die zich onmiskenbaar laat onderscheiden van het toepassen van de rechtsregels (p. 9). Daarin kan ik haar tot op grote hoogte volgen. De belemmeringen die zij verderop signaleert als het gaat over de verhouding tussen waarheidsvinding enerzijds en aanvulling van rechtsfeiten en rechtsgronden door de rechter anderzijds (hoofdstuk 3), doen zich echter mede voor doordat feitenvaststelling en rechtstoepassing zich op het grensvlak van art. 24, 25 en 149 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) nu juist niet onmiskenbaar laten onder-

scheiden, zoals zij ook beschrijft in hoofdstuk 3. De Bock acht het samenspel tussen deze bepalingen in zijn toepassing problematisch en wijst daarbij op de 'ondoordringbaarheid van de rechtspraak die rond art. 24 en 25 Rv is gevormd' (p. 118). De problemen kunnen volgens haar voor een deel worden voorkomen wanneer minder krampachtig wordt vastgehouden aan het verbod voor de rechter om rechtsfeiten aan te vullen en wanneer soepeler zou worden omgegaan met het verbod om de feitelijke gronden van eis of verweer aan te vullen. Zij tekent daarbij aan dat het van wezenlijk belang is dat de rechter de rechtsfeiten niet buiten partijen om aanvult, maar eerst aan partijen vraagt wat hun standpunt is over het betreffende rechtsfeit. Ook acht zij van wezenlijk belang dat de rechter partijen niet overvalt met een aanvulling van de rechtsgronden. Niettemin ziet zij voor de rechter een aanzienlijke vrijheid in de aanvulling van feiten en kent zij de rechter een tamelijk initiatiefrijke, autonome rol toe in de afbakening van de rechtsstrijd. Zij meent ook dat een soepeler omgang met het aanvullen van rechtsfeiten aansluit bij de rechtspraak van de Hoge Raad in de afgelopen jaren, waarin het leerstuk van de verboden aanvulling van rechtsfeiten (feitelijke gronden) steeds meer in de sleutel van het beginsel van hoor en wederhoor is gezet. Aanvulling van feiten is in haar visie toegestaan zolang de rechter het beginsel van hoor en wederhoor niet schendt en partijen in de gelegenheid stelt te reageren op de door de rechter voorgestelde aanvulling van rechtsfeiten (p. 123). Wat daarvan ook zij, enkele maanden na de verschijning van het proefschrift is een arrest gewezen dat niet zonder meer in de door De Bock voorgestane richting lijkt te gaan.⁴ De zaak betrof een geschil over de uitvoering van verbintenissen uit overeenkomst. De geldigheid van de overeenkomst was tussen partijen niet in geschil. Bij pleidooi in hoger beroep wierp het hof ambtshalve de vraag op of de overeenkomst nietig was gelet op het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW). Het hof bood aan partijen gelegenheid zich hierover na pleidooi schriftelijk uit te laten. Volgens de Hoge Raad bracht het hof een geheel nieuw element in het partijdebat in een stadium waarin daarvoor geen plaats meer was en lag het ook niet voor de hand om de toepasselijkheid van art. 3:84 lid 3 BW ambtshalve aan de orde te stellen, omdat de gedingstukken geen duidelijke aanwijzingen bevatten dat het overeengekomene gelet op die bepaling nietig was. In dit arrest werd de partijautonomie kennelijk toch boven het belang van de waarheidsvinding gesteld.

4 Feiten en partijautonomie

Precies daar, bij de partijautonomie, ligt een fundament van de opvatting van De Bock over de reikwijdte van de taak van de rechter in de waarheidsvinding. Zij bepleit een beperkte betekenis van de partijautonomie. Volgens haar omvat partijautonomie in essentie de vrijheid van een partij om een procedure aanhangig te maken, de wederpartij te kiezen, het onderwerp van het geschil te formuleren en te bepalen over welke geschillen de rechter een beslissing moet nemen. Wetgeving, recht-

2. Waarbij ik, anders dan De Bock kennelijk doet (p. 325), onder schriftelijk bewijs ook het deskundigenrapport van een niet door de rechter benoemde deskundige versta.

3. Inmiddels tot wetsvoorstel verheven: Wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden (art. 162a-c Rv), Kamerstukken II 2011/12, 33 079.

4. HR 23 september 2011, LJN BQ7064 (Spijkers/Ru-Pro). Zie ook HR 9 december 2011, LJN BR2045.

spraak en literatuur gaan er daarentegen in het algemeen van uit dat de vrijheid van partijen om het onderwerp van het geschil te bepalen ook de vrijheid omvat de omvang van het geschil af te bakenen door één of meer grondslagen te vermelden voor vordering of verweer (art. 24 Rv) en door feiten aan te voeren die zij in verband met de aard en omvang van het geschil relevant achten voor de verlangde beslissing (art. 149 Rv). In de opvatting van De Bock bepalen partijen slechts de buitengrenzen van de waarheidsvinding en is de partijautonomie daarmee goeddeels uitgeput. De rechterlijke onderzoeksbevoegdheden en de waarheidsplicht van partijen betekenen in haar visie dat de rechter binnen de buitengrenzen van het geschil de feiten zo volledig mogelijk en zo veel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken dient vast te stellen. De rechter mag zich niet neerleggen bij feiten waarvan valt te vermoeden dat zij niet correct zijn of die de wederpartij uit onachtzaamheid niet betwist, maar heeft een eigen verantwoordelijkheid om feitenonderzoek te doen. Als noodzakelijk sluitstuk van deze opvatting van de taak van de rechter is het een kleine stap om de rechter ook de bevoegdheid toe te delen om (rechts)feiten aan te vullen. De opvatting van De Bock over het begrip partijautonomie is prikkelend en zal bij sommigen wellicht weerstand oproepen. Ook in het laatste geval is kennisneming van het boek alleen maar aan te raden. De Bock ontvouwt haar opvatting over partijautonomie onder meer tegen de achtergrond van een boeiende en lezenswaardige beschouwing over de narratieve structuur van de afbakening van de rechtsstrijd en het proces van waarheidsvinding in de civiele procedure (par. 3.5). Kort en (te) simpel gezegd: beide partijen vertellen een verhaal en de rechter weeft daaruit het verhaal van de beslissing. En dat heeft hoe dan ook een relatie met de wijze waarop waarheidsvinding in de civiele procedure wordt bedreven.

5 De bewijswaarderingsmaatstaf

Een heel ander en in mijn ogen minstens zo waardevol onderdeel van het boek is het hoofdstuk over waarheidsvinding en bewijzen (hoofdstuk 5). Hier gaat De Bock in op de vrijheid van de rechter om te beslissen wanneer het bewijs van een bepaald feit is geleverd. Zij meent dat juist op het scherpst van de snede bij de keuze tussen 'waar' en 'onwaar' te verwachten zou zijn dat in wet of rechtspraak is genormeerd wanneer het bewijs van een feit is geleverd, maar signaleert dat in het beginsel van vrije bewijswaardering (art. 152 lid 2 Rv) nu juist is neergelegd dat de bewijsbeslissing minimaal is genormeerd. Dat is de openingszet van een hoofdstuk waarin wordt onderzocht wanneer voor de rechter een feit bewezen is, dat wil zeggen wanneer de rechter dat feit voor waar kan houden. Zij kiest hierbij twee uitgangspunten. Om te beginnen betoogt zij dat er geen principieel methodologisch onderscheid is tussen juridisch bewijzen en wetenschappelijk bewijzen. Daarnaast wijst zij erop dat elke bewijsredenering is omgeven met onzekerheid, omdat het gaat om het maken van niet-dwingende gevolgtrekkingen uit een verzameling van gegevens. Dan is zij bij de kern: wanneer mag of moet de rechter een feit bewezen achten? Vertrekpunt is een bespreking van de invulling die in

rechtspraak en literatuur aan de bewijswaarderingsmaatstaf wordt gegeven, de 'redelijke mate van zekerheid' die nodig is om een feit bewezen te achten. De Bock acht deze maatstaf problematisch. Zij schetst dat de bewijsbeslissing in aanzienlijke mate berust op een subjectief oordeel van de rechter in het concrete geval. Op voorhand is onzeker hoeveel zekerheid de rechter nodig heeft om tot een positieve bewijsbeslissing te komen. Dat geeft onder meer aanleiding tot rechtsonzekerheid bij een partij die overweegt een procedure te beginnen of verweer te voeren. De Bock onderzoekt of het mogelijk is de bewijswaarderingsmaatstaf meer te objectiveren door de mate van waarschijnlijkheid dat een feit waar is, uit te drukken in een percentage, maar ze komt tot de conclusie dat zich ook dan subjectiviteitsproblemen voordoen die de objectivering van de bewijsbeslissing belemmeren (par. 5.5). Vervolgens beschrijft zij dat een meer inhoudelijke invulling van de bewijswaarderingsmaatstaf noodzakelijk is om inzichtelijk te maken wanneer de rechter een feit bewezen kan en moet achten. Daarbij gaat het haar niet erom dat elk subjectief oordeel uit de bewijsbeslissing wordt verwijderd, maar dat wordt verhelderd wat wordt bedoeld met een bepaalde mate van rechterlijke overtuiging. Het betoog mondt in essentie uit in een pleidooi voor een zwaardere motiveringsplicht van de rechter ten aanzien van het bewijsoordeel, want De Bock formuleert de bewijswaarderingsmaatstaf van haar voorkeur als volgt:

'Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.'

Het is denkbaar in reactie hierop te betogen dat de bewijswaarderingsmaatstaf de civiele rechter naar huidig recht noopt tot soortgelijke afwegingen, of dat de door De Bock voorgestane bewijswaarderingsmaatstaf in de rechtspraktijk even subjectief of objectief is in te vullen als de huidige bewijswaarderingsmaatstaf. Maar dat zal ik niet doen. Wie het hoofdstuk leest, wordt zich waarschijnlijk nog beter bewust van het belang en de noodzaak om de bewijsbeslissing zo goed mogelijk te motiveren en van de beperkte middelen die de rechter daarvoor ter beschikking staan. Dat is wat mij betreft in het algemeen een meerwaarde van dit boek: het maakt alledaagse dilemma's rondom waarheidsvinding in de rechtspraktijk inzichtelijk en prikkelt ook de lezer tot nadenken over hoe en waar het beter kan.

6 Tot slot

Het boek legt een fors accent op de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding. Dat roept de vraag op of de verantwoordelijkheid van advocaten en andere professionele rechtshulpverleners voor de waarheidsvinding in de civiele procedure niet onderbelicht raakt en de rechter niet met ver-

antwoordelijkheden wordt opgezaaid die hij uiteindelijk niet kan waarmaken. In hoofdstuk 2 wordt zoals gezegd wel ingegaan op het kader van de civiele procedure waarvan waarheidsvinding onderdeel is. In het vervolg van het boek had naar mijn indruk echter meer aandacht mogen worden besteed aan het ruimere perspectief van het belang dat de verantwoordelijkheden van de verschillende procesdeelnemers met elkaar in evenwicht zijn. Keuzes bepleiten in de toedeling van taken aan de rechter in het kader van waarheidsvinding kan haast niet zonder een beschouwing van de mogelijke gevolgen daarvan voor de wijze waarop andere procesdeelnemers hun rol invullen en hun belangen dienen.

Een ander punt is dat De Bock soms uitgangspunten kiest of aanbevelingen doet die geënt lijken op de behandeling van complexe zaken en niet zonder meer hoeven te stroken met de behandeling van alle soorten civiele zaken die worden behandeld in eerste aanleg en hoger beroep. Als voorbeeld: wanneer ter comparitie nieuwe gegevens boven tafel komen die van essentieel belang zijn voor de beslissing en door de wederpartij worden betwist, 'dient de rechter partijen in de gelegenheid te stellen alsnog een conclusie van re- en dupliek te nemen' (p. 148). Of dat de enige juiste keuze is, hangt naar mijn opvatting ook van andere factoren af, zoals de wensen van partijen, het belang van de zaak, de complexiteit van de nieuwe gegevens in relatie tot wat er al lag, de mogelijkheid om met een akte te volstaan, de behoefte aan een spoedige beslissing, enzovoort. Een ander voorbeeld is de opmerking dat het geen aanbeveling verdient in een tussenvonnis een volledige routekaart te geven over de te nemen beslissingen ingeval het bewijs wel of juist niet wordt geleverd (p. 144). De Bock wijst in dit verband op het risico dat de waarheidsvinding tekortkomt wanneer tijdens de bewijslevering voor de beslissing relevante gegevens naar voren komen buiten het kader van de weg die in het tussenvonnis is ingeslagen. De prioriteit van waarheidsvinding is bij het instrueren van een zaak in mijn visie echter niet gegeven, maar is mede afhankelijk van zaaksgebonden factoren en van het gewicht van andere aspecten van behoorlijke rechtspraak, zoals rechtszekerheid, voortvarendheid, kosten, enzovoort. De betekenis van zaaksdifferentiatie voor het maken van keuzes in de reikwijdte van de waarheidsvinding in de civiele procedure lijkt in het boek relatief weinig aandacht te krijgen.

Wat daarvan ook zij, De Bock heeft in mijn ogen een mooi, helder en toegankelijk boek geschreven over een boeiend onderwerp. Het is een onderwerp waarover relatief weinig wordt gepubliceerd, dat vaak onderbelicht is in juridisch onderwijs en waarvan de grote betekenis voor rechtspraktijk en wetenschap in de loop der jaren toch telkens weer op de voorgrond treedt: in het recht draait het in belangrijke mate om feiten, feiten en nog eens feiten.